

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر

في ضوء القانون رقم 22 18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالاستثمار

(بحث موسع، مع التركيز على التحكيم التجاري الدولي، كبديل لحل المنازعات التجارية من منظور التشريع الجزائري الساري المفعول من الناحية التطبيقية)

من اعداد بلمامي عمر أستاذ التعليم العالي (متقاعد)
ومحامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة.

سوف نبدي بعض الملاحظات او بعض التعليقات التي نراها ضرورية للمساهمة ولو بجزء يسير في اثراء هذا القانون الذي يكتسي أهمية قصوى في وقتنا الحاضر، لتبيان أهم الامتيازات والحوافز التي نص عليها هذا القانون، وكذا الإشارة الى بعض النقائص التي اعترته أو اشابته.

وقبل ابداء هذه الملاحظات نشير الى ان هذا القانون قد تضمن 39 مادة. إضافة الى المادتين 40، 41 المتعلقة بإلغاء قوانين الاستثمار السابقة والنشر في الجريدة الرسمية. رقم 22/48 السالفة الذكر.

مقدمة:

مما لا شك فيه في وقتنا الحاضر ان الاستثمار الأجنبي المباشر يلعب دورا محوريا في إنعاش المستوى الاقتصادي والاجتماعي من خلال تطوير البنية التحتية الأساسية للمجتمع والعمل على تحويله من انتاج استهلاكي الى انتاج اقتصادي تصديري. وأن الدول النامية على وجه الخصوص من اجل جذب الاستثمارات الأجنبية أضحت تضع استراتيجيات أكثر تطورا وانسجاما مع أوضاعها الاقتصادية والاجتماعية، في وقت يشهد فيه العالم تحولات جذرية في مختلف الأصعدة. وهذا ما تسعى اليه الجزائر الجديدة الى تحقيقه من خلال الشروع في مراجعة المنظومة التشريعية لجعلها تتكيف مع الأوضاع الجديدة، في العالم، وإزالة جميع العوائق التي

من شأنها تعطيل الاستثمار الوطني وكذلك العمل على جلب الاستثمار الأجنبي. بكافة الطرق القانونية.

فالدول في وقتنا الحالي أصبح يقاس تقدمها وتطورها وازدهارها من الناحية الاقتصادية بما تملك من رؤوس الأموال والخبرة الفنية والعلمية، ومنظومة تشريعية متطورة تسير المستجدات المطروحة على الساحة الدولية. وللأسف نرى الدول الغنية هي التي تستحوذ، أو لها النصيب الأكبر، أو لها حصة الأسد من الاستثمار العالمي، بما تملكه من إمكانيات بينما الدول النامية لم يتاح لها المجال ان يكون لها توظيف مباشر للرأسمال الأجنبي في مشاريعها التنموية، مما أدى الى استمرار تخلفها، الشيء الذي تسبب في خلق هوة اقتصادية ساحقة بينها وبين الدول الغنية، وأن هذه الهوة في توسع مستمر. ومما يزيد الوضع تعقيدا لجأت الكثير من الدول النامية الى طلب التمويل الخارجي أو الاقتراض للمحافظة على عملتها الوطنية من الانهيار وتمويل مشاريعها. ولكن هذا كما يعلم الجميع يتم بشروط مجحفة، أو تقوم بالتمويل الداخلي عن طريق إعادة طبع العملة المحلية، فتقع في التضخم، فكلما الحلين احلاهما مر.

وبالعودة الى قانون الاستثمار السالف الذكر يبدو ان هذا القانون في ظاهره على الأقل قد لبي ما كان يتمناه وينتظره المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي على وجه الخصوص.

وقد اولى السيد رئيس الجمهورية عناية قصوى لهذا القانون، ومتابعته باهتمام بالغ أمام مختلف الدوائر الحكومية والمؤسسات الاقتصادية، بدءا بدراسته أمام مجلس الحكومة، ومروره بمختلف الهيئات ذات الصلة ومناقشته في البرلمان بغرفتيه. وقد احيط هذا القانون بترسانة من الضمانات والامتيازات التي تكفل تطبيقه، وهذا يظهر من خلال عديد الهيئات المختصة التي أسندت اليها بصفة صارمة مراقبة تطبيق هذا القانون، ورفع تقارير دورية بشأنه للرئاسة وانشاء "الشباك الموحد للمشاريع الكبرى ذات الاختصاص الوطني" في تجسيد مرافقة المشاريع الاستثمارية الكبرى والاستثمارات الأجنبية، وانشاء لجنة وطنية عليا للطعون المتصلة مباشرة "بالاستثمار" ملحقه برئاسة الجمهورية، وبقاء المجلس الوطني المكلف بالاستثمار

الذي تم إنشاؤه بموجب احكام المادة 18 التي بقيت سارية المفعول ضمن الأمر رقم: 01: 03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي أوكلت له مهمة اقتراح استراتيجية الدولة في مجال الاستثمار والسهر على تناسقها الشامل وتقييم تنفيذها . ويعد هذا المجلس تقريراً سنوياً يرفع الى رئيس الجمهورية. الى جانب الوكالة الوطنية للاستثمار التي بقيت هي الأخرى سارية المفعول، والتي أصبحت في ظل هذا القانون تدعى " الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار".

ومما يشجع المستثمر في هذا القانون، هو صدور المراسيم التنظيمية او التطبيقية لهذا القانون في وقت قياسي. وهو ما لم تعرفه العديد من القوانين التي صدرت في الماضي والتي تأخر تطبيقها بسبب عدم صدور المراسيم التنظيمية المتعلقة بها.

ولمناقشة هذا القانون واثرائه قدر المستطاع، قسمته الى ثلاثة محاور أساسية، و سيتم تناول في هذا العدد من المجلة المحور الأول بعنوان: الضمانات المكفولة للاستثمار في هذا القانون.

المحور الأول: الضمانات المكفولة للاستثمار في هذا القانون.

المتأمل في دراسة هذا القانون، يلاحظ ان المشرع الجزائري كان سخياً جداً الى حد الاغراء أو المبالغة، إذ لم يبخل على المستثمر الأجنبي الذي يرغب في الاستثمار في الجزائر في منحه الضمانات التي كرسها هذا القانون لتشجيع الاستثمار في الجزائر، وترتيب العديد من الإعفاءات المالية، كالإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الاشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني، والاعفاء من حقوق التسجيل المفروضة فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال. والاعفاء من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار لمدة 10 سنوات تحسب من تاريخ الاقتناء. والاعفاء من الضريبة على أرباح الشركات والنشاط المهني. وضمان تسيير المنصة الرقمية للمستثمر. والأنظمة التحفيزية للاستثمار. وضمان التحويل وما الى ذلك..

واهم ما جاء به هذا القانون كذلك، هو ما يعرف بالاستقرار التشريعي الذي نص عليه في المادة 13 منه .

لا شك ان ادراج شرط الثبات التشريعي législative clause de stabilité يعد مكسب في غاية الأهمية في العقود التجارية الدولية أو عقود الاستثمار الدولية طويلة الأمد، ذلك ان المستثمر الأجنبي يشعر بالأمن القانوني اثناء مدة سريان العقد على الأقل.

ويعرف شرط " الثبات التشريعي بانه " ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية " ان شرط " الثبات التشريعي او التجميد الزمني لقانون العقد، أو ما يطلق عليه " بالأمن التشريعي للعقد" يدخل في حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر اجراء تعديل التشريع الساري المفعول، او قيام الدولة بتعديل التزاماتها التعاقدية من جانب واحد وتلحق الضرر بحقوق الأجنبي المتعاقد معها.

وقد استقر الفقه والقضاء الدولييين منذ أمد طويل على قاعدة فقهية مقتضاها " أن الأطراف أنفسهم، هم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد المبرم بينهم"

فالدولة تتعهد بان لا تقدم مستقبلا على اجراء أو ادخال تعديل أو الغاء القانون الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق الذي أبرمته مع ذلك الأجنبي¹. وقد اكدت هذا المعنى المحاكم الدولية في العديد من القضايا ان نقض الدولة لالتزاماتها التعاقدية يعد اجراء غير مشروع يرتب المسؤولية الدولية للدولة ويستحق عنه التعويضات العادلة.

ففي تحكيم shufeldt قضى هذا الحكم في هذه القضية " أن إلغاء العقد يحرك المسؤولية الدولية، ويرتب حق المتعاقد في التعويض العادل ليس فقط عن الأموال المستولي عليها، إنما أيضا عما يفوته من كسب لحرمانه عن المدة الباقية²."

وقد عبر عن ذلك الفقيه Carlson بقوله «.. تلتزم الدولة بعقودها على نفس القدر الذي يلتزم به الافراد، كذلك ليس بوسع أحد أطراف العقد، سواء أكان هذا الطرف فردا خاصا أو حاكما أو حكومة من اي نوع، يمكنه أن يتحكم وبإرادته المنفردة ودون موافقة الطرف الآخر، وفي غياب اجراء قضائي منصف أيا كان نوعه، أن يعطي لنفسه الحق في ادانة الطرف الآخر للعقد، وأن يصدر عليه وعلى افعاله

حكما يقرر عقوبة قصوى تسقط أو تصادر كافة حقوقه التي يخولها له العقد، بما في ذلك استثمارات التي ما كانت الا نتيجة للثقة في العقد."3

كما قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 ماي 1935 قبول التجميد الزمني لقانون العقد، اذ ايدت محكمة النقض قضاء الموضوع فيما ذهب اليه ان القواعد المطالب بها تفلت من السقوط الذي يفرضه المرسوم الصادر في 25 مارس 1919، لأن العقد المبرم بين الطرفين لا يخضع الا لقانون "المكان والزمان الذي ابرم أو انعقد فيه.

ويعلق الدكتور احمد عبد الكريم سلامة على هذا الحكم بقوله " وواضح من هذا الحكم، ان المحكمة قد اقرت تثبيت قانون العقد في اللحظة التي ابرم فيها هذا الاخير، بحيث ان القوانين الجديدة اللاحقة لا تسري على العقد، الذي يكون بمنأى عنها".4

كما اخذت محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر بتاريخ 24 فيفري سنة 1938 بنفس الحكم الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية السابق الاشارة اليه. وتتلخص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية (affaire de la ville d'Anvers) وهو أول حكم لمحكمة النقض البلجيكية الذي طبقت فيه قانون الارادة بشكل ضمني 5application explicite de la loi d'autonomie

ورفضت الطعن المتعلق بهذا الحكم والمؤسس على سيادة الدولة، وأخذت بعين الاعتبار اتفاق الطرفين. ومن ثم يتعين اخضاع هذا العقد الى القانون الذي ابرم في ظل هذا العقد، وهو القانون الامريكي (قانون ولاية نيويورك) L'Eta de NEW YORK الذي كان ساري المفعول عند ابرام العقد. وقد اشترط في العقد ان يكون الوفاء بالدين على اساس الذهب او قيمته la ville d'Anvers émet un emprunt en dollar - or

مع العلم ان القانون الامريكي وقت ابرام العقد كان يجيز هذا الشرط. وقالت المحكمة في عرضها للأسباب " أن القانون الواجب التطبيق على العقود في تكوينها وشروطها وأثارها هي فقط التي تبناها الأطراف عند تعاقدهم."

La loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour »
leurs conditions et effets étant celle que les parties ont adoptée, et cette
question étant résolue en fait 6»

وجاء في تسبيب قرار المحكمة العليا البلجيكية:

وحيث أنه ...إذا أراد المتعاقدان استبعاد كل مساس بهذا الشرط شرط الوفاء
بالذهب من قبل القوانين المستقبلية لتلك الدولة نيويورك فكان يمكنهم، بل كان
واجبا عليهم أن يقولوه أو يصرحوا به. 7

ومما سبق، فإن شرط تجميد القانون الذي يحكم العقد لم يعد مختلفا فيه،
وأصبحت التشريعات الحديثة تأخذه بعين الاعتبار، حرصا منها على مصالحها
الاقتصادية وتشجيعا للمستثمر الأجنبي، بتوفير الأمن القانوني له، حتى يستثمر
أمواله وهو مطمئن.

كما أن التشريعات الحديثة تنص صراحة على عدم اجراء أي تعديل يمس
بعقود الاستثمار التي أبرمت في ظل القانون القديم. وهذا الشرط مكرس أيضا في
الاتفاقيات الدولية التي تتعلق بالاستثمار، وأن المحاكم تعترف بهذا الحق للأطراف
المتعاقدة بعدم سريان التعديلات التي تطرأ على قانون العقد الساري المفعول في
تاريخ لا حق على الأبرام، أي بتجميد القانون واجب التطبيق أو تثبيت القانون وعدم
سريان التعديل على العقد، أو عدم رجعية القوانين للمحافظة على استقرار المراكز
القانونية التي انشئت أو تم العمل بها في القانون قبل التعديل من أجل حفظ
التوازن التعاقدية، احتراماً لإرادة الأطراف .

وبالنسبة للوضع في الجزائر، فإنها بعد أن تبنت نظام اقتصاد السوق،
وخصخصة المؤسسات وفتح الباب أمام القطاع الخاص، وانتهاج سياسة الانفتاح
على الاستثمار الأجنبي، بقصد جلب رؤوس الأموال واستثمارها في مختلف القطاعات
الاقتصادية وتشجيع المستثمرين، سواء كان ذلك يتعلق باستثمار الخواص
الوطنيين أو المستثمرين الأجانب، رأت أنه لا بد من اتخاذ خطوات جريئة في هذا
الاتجاه، ومن بين هذه الخطوات انتهاج سياسة الاستقرار وتوفير الأمن القانوني

للمستثمر الأجنبي وذلك بسن تشريعات مناسبة وملائمة لتشجيع المستثمر الأجنبي على القدوم للجزائر للاستثمار في قطاعاتها الاقتصادية المختلفة، وهو مطمئن البال. ولعل حرص الجزائر المضيفة للاستثمار الأجنبي ما دفعها الى النص صراحة في القانون الجديد للاستثمار بعدم تعديل أو الغاء قوانينها السارية وقت ابرام العقد مع المستثمر الأجنبي.

كما أن الجزائر قد انضمت الى العديد من الاتفاقيات الاقتصادية الدولية المتعلقة بالاستثمار والتحكيم التجاري الدولي على وجه الخصوص. وفي هذا الصدد نصت المادة 13 من قانون 22 18 المتضمن تنظيم الاستثمار في الجزائر

"لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة او الغاء هذا القانون التي تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، الا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". ولا شك ان هذه الامتيازات والحوافز اللامحدودة التي اتي بها هذا القانون سوف تجعل المستثمر الأجنبي يدخل مجال الاستثمار في القطاعات المفتوحة للاستثمار في الجزائر، وهو مطمئن البال، بدون خوف ولا تردد، بما يوفره هذا القانون من الشفافية والمساواة في التعامل مع الاستثمارات، أيا كان هذا المستثمر في ظل احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما.

وفيما يلي نتصدى لشرح بعض المواد مع الرجوع الى المرسوم التطبيقي التي صدر بشأنها تنظيم خاص.

أولاً: المادة 11 التي نصت: " تنشأ لدى رئيس الجمهورية لجنة عليا للطعون المتصلة بالاستثمار تدعى في صلب النص " اللجنة " تكلف بالفصل في الطعون التي يقدمها المستثمرون "

ترسل الطعون الى اللجنة في اجل لا يتجاوز شهرين ابتداء من تبليغ القرار موضوع الاعتراض، ويجب عليها أن تبت في الطعون في اجل لا يتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ اخطارها.

ويمكن المستثمر زيادة على ذلك ان يرفع في هذا الشأن طعنا قضائيا امام الجهات القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به.

تحدد تشكيلة اللجنة وسيرها وكذا كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وبينت المادة 2 من المرسوم التنفيذي المتعلق بقانون الاستثمار وظيفة هذه اللجنة، فنصت " اللجنة هي هيئة عليا تكلف بالبت في الطعون المقدمة من المستثمرين الذين يروا انهم قد غبنوا في إطار تطبيق احكام القانون رقم 22 18 الصادر في 14 يوليو سنة 2022 المتعلق بالاستثمار".

كما نصت المادة الثالثة من نفس المرسوم على تشكيل هذه اللجنة وشروط تعيين اعضائها، ومدد هم.

وجاء في المادة السادسة من هذا المرسوم تبين لمهام هذه اللجنة وهي تخطر من طرف المستثمر عن كل نزاع يتعلق بالاستثمار، لا سيما في حالة: سحب او رفض منح المزايا،

رفض إعطاء المقررات والوثائق والتراخيص من طرف الإدارات والهيئات المعنية. يرفع المستثمر طعنه امام اللجنة في خلال خمسة عشر يوما، ابتداء من تاريخ تبليغه قرار الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار المتظلم فيه، كما هو محدد في المادة 7 ادناه.

والتي نصت " يجب على المستثمر مع ذلك تحت طائلة عدم قبول الطعن ان يقدم طلبا مسبقا امام الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار، بآية وسيلة في اجل شهر واحدا، ابتداء من تاريخ تبليغه بالقرار المتظلم فيه.

ويجب ان يفصل المدير العام للوكالة في التظلم المسبق في اجل لا يتعدى 15 عشر يوما من تاريخ تسلمه.

ونصت المادة الثامنة على الشروط الشكلية المطلوبة في تقديم الطعن وهي، يجب ان يكون الطعن فرديا وموقعا، ويتضمن على الخصوص لقب واسم وعنوان وصفة العارض أو ممثله المفوض قانونا ومذكرة تستعرض الوقائع والوسائل.

ويتعين على رئيس اللجنة ارسال نسخة من ملف الطعن الى الإدارة او الهيئة المعنية التي يجب عليها ان ترد عليه بشأن النقاط التي اعترض عليها المستثمر خلال اجل عشرة أيام من تاريخ استلام الملف (م.11 من التنظيم)

ولا تصح مداوات اللجنة الا بحضور ثلثي أعضائها على الأقل وتتم المصادقة على قرارات اللجنة بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين. وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا (م. 12 من التنظيم)

المادة 13 ويجب ان يكون الطعن المرسل مباشرة الى اللجنة او عن طريق المنصة الرقمية للمستثمر، مصحوبا بكل الوثائق والمستندات الثبوتية.

وفي حالة ما إذا قرر المستثمر رفع طعنا قضائيا، فان المحاكم الإدارية، سوف تفصل في النزاع، عملا بالمادة 2/800 التي تنص " تختص المحاكم الإدارية بالفصل في اول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة او الولاية أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها ".

ثانيا: بالنسبة للمادة 12.

نرى إعادة صياغة هذه المادة التي نصت كالتالي:

.... " يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق احكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم أو ابرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 ادناه التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء الى التحكيم".

يفهم من صياغة هذه المادة أن كل خلاف ينجم عن تطبيق هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، أيا كان مصدر هذا الخلاف يخضع حله أو البت فيه للقضاء الجزائري، باستثناء وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق احكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم أو ابرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 من هذا القانون تسمح للأطراف باللجوء الى التحكيم.

ومفهوم المخالفة لهذه المادة، انه في ظل غياب الاتفاقيات المذكورة أعلاه، فإنه يحظر على المستثمر الأجنبي التنصل من تطبيق القانون الجزائري، عند نشوب نزاع بينه وبين الدولة الجزائرية،

وهنا يبدو تقييد واضح للمستثمر الأجنبي في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يلائم ويناسب رغبة طرفي العقد. وهو حق مشروع لهم، ما لم يتعارض هذا القانون مع مقتضيات النظام العام السائد في الدولة الجزائرية، أو يؤدي الى الغش نحو القانون.

وهو ما كرسته الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن، والتي أعطت حق حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على رابطتهم التعاقدية. ونلمس ذلك في اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. إذ منحت المتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق، دون اشتراط توافر رابطة حقيقية بين القانون المختار والعقد المبرم بينهما، والتي حذا حذوها التنظيم الأوروبي الصادر سنة 2008.

كذلك، أن إعطاء الأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق يتلاءم مع عقود التجارة الالكترونية، كون التعاقد الالكتروني يفترض ان يكون هذا العقد مرتبط بجميـع دول العالم في نفس الوقت، لأنه يتم عبر الشبكة العالمية وهي "الانترنت"، وكذا العقود النموذجية (النمطية) المتعارف عليها دوليا والتي لا تشترط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد المبرم. وبالتالي تحرير اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق من كل قيد. وهذا ولا شك يترتب عنه تحرير التجارة العالمية من أي عائق يحول دون ازدهارها، وخاصة العقود التجارية التي تهرم في المناطق الحرة التي أصبحت معظم الدول تشجعها وتوفر لها الإمكانيات وسبل ازدهارها.

وعليه نرى ان الصياغة السليمة لهذه المادة تكون بحذف هذه الفقرة " ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق احكامها بالمصالحة والوساطة. حتى نفتح المجال للأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون الملائم".

لأن الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر والمتعلقة بالمصالحة والوساطة والتحكيم تعتبر تحصيل حاصل ولا داعي للنص عليها.

كما أن هذه المادة بصيغتها الحالية تتعارض مع المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن حل المنازعات التي تنشأ في النظام القانوني لعقود الاستثمار الدولية، تتضارب فيها المصالح، وتتطلب لحلها التخصيص القضائي، وتفرد لها محاكم متخصصة للفصل في هذا النوع من المنازعات. وحسبنا ما فعل المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم: 22 13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 يعدل ويتمم القانون رقم 08 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نص في المادة 536 مكرر " تختص المحكمة التجارية المتخصصة بالنظر في المنازعات المذكورة أدناه:

- منازعات الملكية الفكرية
- منازعات الشركات التجارية، لا سيما منازعات الشركاء وحل وتصفية الشركات
- التسوية القضائية والافلاس
- منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار
- المنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري
- المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية ".

وقد اكدت اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، على أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع المعروض وفقاً للقانون الذي تم الاتفاق عليه من طرف المتعاقدين. وأصل هذا الاختيار يعود إلى مبدأ سلطان الإرادة. إذ أن النظم الحديثة تعدد أساساً بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد وتعيين القانون الواجب التطبيق عليها، فيكون للمتعاقدین ممارسة هذا الاختيار صراحة.

فالمتعاقدون احرار في القانون الذي يحتكمون اليه، ما لم يتعارض هذا القانون المختار بطبيعة الحال مع النظام العام السائد في دولة القاضي، أو تم نتيجة الغش نحو القانون.

وفي غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين، وجب على القاضي التدخل لتعيين القانون الذي يحكم هذا العقد، فيبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية التي تكون قد اتجهت الى تطبيق قانون معين.

إن ابرام عقد الاستثمار مع المتعامل الأجنبي في الجزائر اشبه ما يكون بعقد "إذعان" في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية، وفي ظل النظام القانوني عبر الدولي، ونظام التحكيم التجاري الدولي، وكون الجزائر في حاجة ماسة الى ادخال رأس المال الأجنبي لتنفيذ مشاريعها، وليس لها القدرة الاقتصادية الكافية لإملاء شروطها على المتعامل الأجنبي، لأنها كما ذكرت لا زالت في وضع اقتصادي صعب، وهي لم تتمكن بعد من حيازتها للتكنولوجيات المطلوبة في المشاريع الكبرى. وبالتالي يجب استعمال الحيلة والحذر والمرونة في ابرام عقود الاستثمار مع المتعامل الأجنبي، حتى تتخلص من التبعية وحاجتها للتكنولوجيات الفائقة الدقة التي باتت محتكرة من طرف الشركات الأجنبية الكبرى.

والكل يعلم ان الاستثمارات الأجنبية واستغلالها في تنمية وتطوير المشاريع الكبرى لتحقيق التنمية المستدامة بات ضروري وعملة نادرة، يجب اقتنائها بكل الوسائل المتاحة.

ولذلك يجب الحرص كل الحرص عند ابرام عقد الاستثمار مع المتعامل الأجنبي على معرفة القانون الواجب التطبيق، إذا حدث وشب نزاع او خلاف بين الطرفين على مسألة من مسائل العقد المبرم بين الطرفين. خاصة في ظل الاهتمام الدولي المتزايد على جلب الاستثمار، بسبب نمو العلاقات الاقتصادية وتطورها السريع في مختلف المجالات. وهو ما يتطلب اقتراح تشريعات جديدة تلائم الوضع الاقتصادي الجديد، والقضاء على كل المعوقات التي من شأنها الحيلولة دون جلب رؤوس الأموال الأجنبية واستغلالها في خدمة التنمية الوطنية.

وعليه يتعين بيان وتوضيح بشكل مفصل وسيلة حل تنازع القوانين التي تتدخل في حكم العلاقة موضوع النزاع وادراج هذه الوسيلة في بند من بنود العقد يرجع إليها عند الحاجة.

ومعلوم ان الوسيلة التقليدية لحل مشكلة تنازع القوانين، كانت تعرف بـ "قواعد الاسناد الوطنية" وهذه القواعد كان لها دور بارز في حل المنازعات التي تحتوي على عنصر أجنبي. فهي كوسيلة فنية تقوم بتعيين القانون الواجب التطبيق، وليس للخصوم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ويجوز التمسك بقواعد الاسناد في اية حالة كانت عليها الدعوى، ولو أثرت لأول مرة أمام المحكمة العليا.

وقد أجازت المادة 1/18 من القانون المدني للمتعاقدین اختيار القانون. اذ نصت " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او العقد".

كما نصت هذه المادة في فقراتها اللاحقة على حالة عدم اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق، وبينت في نفس الوقت الحلول التي يمكن للقاضي كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق. إذ يتعين في الفرض الذي لا يقوم أطراف العقد بتعيين القانون الواجب التطبيق اللجوء أولاً الى قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدین، فاذا تعذر عليه ذلك لجأ الى تطبيق قانون محل ابرام العقد. مع العلم ان المشرع قد تجاهل اللجوء الى قانون محل تنفيذ العقد، رغم ان محل تنفيذ العقد يعد ضابط من ضوابط الاسناد.

ومعلوم ان اسناد الرابطة العقدية الى قانون محل العقد او تنفيذه قد وجهت له جملة من الانتقادات، خاصة في مجال عقود التجارة الالكترونية.

وتجدر الإشارة الى ان دور قواعد الاسناد لم يعد فعالاً، ولا يصلح تطبيقها في عقود الاستثمار على وجه الخصوص. ذلك ان هذه القواعد وان نجحت في حل مسألة تنازع القوانين في السابق، قبل تطور التجارة الدولية وبلوغها المستوى الحالي، الا ان دورها لم يعد يستجيب للتطورات التي مست جل القطاعات، وخاصة القطاع

الاقتصادي أو اقتصاد المعرفة الذي عرف قفزة نوعية بفضل العولمة الى انعكست على المنظومات التشريعية.

ان هذه القواعد قد اثبتت عدم قدرتها وعجزها على مسايرة هذه التطورات في حل النزاع ذلك ان القاضي في استخدامه لقواعد الاسناد يمر بمراحل مختلفة، تبدأ من تكييف العلاقة محل النزاع ومعرفة طبيعته، ثم اسناده الى قاعدة اسناد الذي ينتمي اليها هذا النزاع لتشير عليه بالقانون المختص. وهذا القانون قد يكون قانون دولة القاضي نفسه وقد يكون قانون أجنبي آخر. وفي النهاية ان المتعامل الأجنبي لا يعرف القانون الذي سيطبق عليه، وقد لا يلائمه هذا القانون.

ويمكن تلخيص عيوب ومساوئ قواعد الاسناد الوطنية في ثلاثة أسباب رئيسية، وهي:

صعوبة وتعقيد العمل بهذه القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق، واستغراق هذه العملية وقتا طويلا في معرفة القانون المختص، وعدم القدرة على توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني.

السبب الأول: صعوبة وتعقيد العمل بمنهج قواعد الاسناد.

من المعروف ان العمل بمنهج قواعد الاسناد يمر بعدة مراحل لمعرفة القانون المختص او القانون الواجب التطبيق، ولا يمكن معرفة القانون المختص الا بعد استنفاد كل المراحل، وهي تكييف العلاقة محل النزاع ومعرفة طبيعة هذا النزاع، ثم اسناده الى احدى الفئات التي تتكفل بتعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا القانون قد يكون قانون القاضي نفسه وقد يكون قانون أجنبي معين. وفي هذا الفرض قد يقبل هذا القانون الاختصاص وقد يرفضه، وفي حالة الرفض إذا كان هذا القانون يأخذ بالإحالة، فانه يحيل النزاع الى قانون القاضي الذي اسند له النزاع، وتسمى هذه الصورة بالإحالة من الدرجة الاولى، وقد يحيل النزاع الى قانون أجنبي اخر وهي إحالة من الدرجة الثانية. وقد تتعدد الإحالة ويطول أمد النزاع.

وقد لا نصل الى الحل الذي يرضي أطراف العقد.

السبب الثاني: عدم توقع الحلول التي تفضي اليها قواعد الاسناد، وانعدام الأمن القانوني.

وذلك راجع الى تعذر معرفة القانون المختص الذي يسند اليه حل النزاع، وهذا من شأنه خلق جو عدم الثقة في هذا القانون الذي يجهله المتعاقدين ويجعلهم في حيرة، مما يولد في أنفسهم " حالة اللا أمن القانوني.

السبب الثالث: تميز هذه القواعد بالحياد.

من خصائص قواعد الاسناد أنها حيادية، فهي تقتصر على اسناد النزاع الى دولة معينة اسنادا اجماليا، دون ان تبين أو تفرق بين قواعد الاسناد والقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند اليه النزاع، أي لا تحل النزاع بصورة مباشرة، مثل القواعد المادية او الموضوعية التي تنطبق على النزاع المطروح على القاضي مباشرة، وانما تكتفي بالإشارة الى القانون الواجب التطبيق في مجمله، الشيء الذي جعلها غير عملية أو واقعية، فانتقدت لهذا السبب.

ولذلك تم التخلي تدريجيا عن العمل بهذه القواعد، والبحث عن بديل لها بقواعد قانونية تتسم بالتحديد والوضوح، وسهولة التطبيق، وتتلاءم مع التطورات التي برزت على الساحة الدولية.

ومن نتائج هذا التطور، ظهور عدة مناهج جديدة، أبرزها منهج القواعد المادية أو الموضوعية، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر. وهذه المناهج أخذت في التطور، وكل ما يطرأ في المعاملات الدولية، مثل المعاملات المتعلقة بالتجارة الالكترونية والتي تتميز عن التجارة الدولية السابقة من حيث وسيلة التعاقد المستخدمة، وهي شبكة الانترنت بصور متعددة، كتبادل الرسائل الالكترونية عبر البريد الالكتروني، او عبر غرف المحادثة والمشاهدة المعدة لهذا الغرض. أو يتم الاختيار عبر صفحة " الويب" بتبادل الرسائل الالكترونية.

وتماشيا مع هذه التطورات الحديثة المتنامية التي عرفتها التجارة الدولية، سمح المشرع الجزائري في العقود التجارية الدولية للمتعاقدین على الاتفاق على اختيار القانون الذي يحتكمون اليه، أو يلجؤون الى التحكيم التجاري الدولي، دون إلزامهم الى الاحتكام في حل منازعاتهم الى قواعد الاسناد التقليدية. وهو ما اكده في نص المادة 3/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت " تكون اتفاقية التحكيم

صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها، اما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره او القانون الذي يراه المحكم ملائما".

يستشف من هذه المادة انه من الناحية الموضوعية اشترطت ان تكون اتفاقية التحكيم صحيحة، وتكون كذلك متى استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره او الشروط التي يضعها القانون المنظم لموضوع النزاع، والشروط التي يضعها القانون الذي يراه المحكم ملائما.

وقد تبنت معظم الاتفاقيات الدولية رغبة الأطراف في الاحتكام الى القانون الذي يختارونه، وعلى سبيل المثال لا الحصر نصت اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي الصادر في سنة 1961 في مادتها السابعة على ان " الأطراف احرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع".

كما نصت اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها 1/3 " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف " واضح مما سبق تناوله، انه لم يعد بالإمكان تقييد أطراف العقد بمنعهم من اختيار القانون الذي يلائمهم.

كما أن أطراف العقد قد يفضلون في حل خلافاتهم الركون الى العادات التجارية التي أضحت مكرسة في الاتفاقيات الدولية. وقد أصبح اللجوء إلى تطبيق الأعراف التجارية مكرسا في كثير من الاتفاقيات الدولية. من هذه الاتفاقيات على سبيل المثال ما أشارت إليه المادة 42 من الاتفاقية المتعلقة بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن المؤرخة في 17 مارس 1965

(1) Art. 42 Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

(2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit .

(3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.

كما نصت المادة 16 / 1 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، وكذا حكم المادة 46 من بروتوكول الهيئة القضائية المنظمة لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول "أوبيك"، حيث تقضي هذه الهيئة بتطبيق عند الفصل في المنازعات لكل من:

- الأعراف الملزمة دولياً

- المبادئ القانونية العامة المعمول بها في المجتمع الدولي

كما فرضت المادة 29 / 4 من القانون النموذجي للأمم المتحدة على محكمة التحكيم التقيد في جميع الحالات بمقتضيات العادات التجارية العابرة للحدود.

L'article 29-4 de la Loi type de la CNUDCI 34(*) par exemple, impose au tribunal arbitral de juger dans tous les cas « conformément aux stipulations du contrat » et de tenir compte « des usages du commerce applicables à la transaction ».

بل وصل البعض إلى حد وصف هذه العادات التجارية الدولية، أنها تعد جزءاً من مصادر القانون التجاري الدولي.

Les usages commerciaux internationaux font partie des sources du droit commercial international qui ne sont l'expression d'aucun système juridique étatique et que l'on désigne communément sous l'expression de Lex mercatoria.

Le Pr Fouchard définit la Lex mercatoria comme étant l'ensemble des « règles qui se forment, s'appliquent, se sanctionnent en dehors, en marge des cadres et des autorités étatiques, à l'intérieur de groupes humains plus vastes et plus réduits à la fois qui ne se constituent pas au sein d'une

Nation, mais d'un ou plusieurs professionnels ou corporations et plus largement d'une communauté internationale des commerçants . 8

وكما سبقت الإشارة، فإن هذه المفاهيم لها مدلول واسع وتتسم بالغموض وعدم الدقة أحيانا بسبب صعوبة تحديد مضمون هذه القواعد، وبالتالي يتعين على هيئة التحكيم توقي الحذر عند الاستدلال في معرفة نية أطراف النزاع والتأكد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت فعلا إلى خضوع منازعاتهم لمثل هذه العادات والأعراف، حتى يكون قرار هيئة التحكيم له أساس قانوني مستمد من هذه العادات والأعراف. فالعادات والأعراف التجارية الدولية تعتبر حولا صنعت خصيصا استجابة لمتطلبات عقود العلاقات الاقتصادية الدولية⁹.

مما جعل البعض يعتبر أن هذه العادات أضحت تشكل مصدرا من مصادر القانون التجاري الدولي، كما يقول الأستاذ SourouTinê Abdel-Kader FADAZ :

Les usages commerciaux internationaux font partie des sources du droit commercial international qui ne sont l'expression d'aucun système juridique étatique et que l'on désigne communément sous l'expression de *lex mercatoria*.

و العادات التجارية كما وردت في معظم المؤلفات هي:

D'après ces auteurs, les usages sont « des règles de droit de nature corporative, généralement admises dans les différents secteurs d'activité en raison de leur répétition qui leur confère une valeur coutumière Les principes généraux quant à eux seraient « des règles de droit de portée générale par leur contenu (...) issues de principes généraux universellement admis (...) et de principes dégagés par les sentences arbitrales publiées

كما اعتبرها البعض الآخر تمثل " اختصاص المحكم " الشئ الذي يخوله تطبيقها مباشرة على العلاقات محل النزاع الناشئة عن العقود التجارية، دون حاجة إلى العودة إلى منهج الإسناد التقليدي، بل أن هذا الرأي الفقهي المساند لهذه العادات

والأعراف التجارية يرى أن غالبية أحكام التحكيم تصدرت بالفعل للتطبيق المباشر لهذه العادات والأعراف من تلقاء نفسها، ولو لم تتجه إلى ذلك إرادة الأطراف صراحة استنادا إلى الإرادة الضمنية التي تستخلص من هجرهم لقضاء الدولة والتجاءهم إلى قضاء التحكيم للفصل في نزاعاتهم¹⁰.

وقد بدأ العالم يتجه فعلا نحو ظهور قانون جديد للتجارة الدولية يتسم بالاستقلالية، أو ما يعرف الآن بـ "قانون التجار الجديد" الذي أصبح يطبق على النزاع بطريقة غير مباشرة بواسطة إرادة الأفراد كضابط إسناد.

La lex mercatoria peut s'appliquer indirectement au litige par le rattachement de la volonté des parties

غير أن قانون التجار أضحى كما سبق القول يطبق، حتى بدون إرادة المتعاقدين، أو ما يسمى بالتطبيق المادي مما يحرم المتعاقدين من اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة.

L'application matérielle ou directe de la lex mercatoria au litige est exclusive de toute manifestation de volonté des parties relativement au choix du droit applicable.

غير أن التطبيق المباشر لقانون التجار وحرمان الطرفين من اختيارهم لقانون معين دفع بالبعض وعلى رأسهم البروفيسور Emanuel DARANKOUM إلى القول، أنه في هذه الحالة على الأقل أن يكون هذا القانون متطابق مع توقعاتهم ويحقق لهم الأمن القانوني

» il est (...) moins conforme aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique de contraindre les arbitres à choisir entre les droits étatiques en présence, que de leur permettre de faire application des principes d'UNIDROIT à titre de Lex mercatoria, d'usages commerciaux ou de principes généraux du droit. « 11

وفعلا بدأ العمل بهذا الاتجاه، وأضحى المحكمين يميلون إلى تطبيق قانون التجار، كلما أمكن ذلك.

وقد سارت الغرفة التجارية الدولية في باريس في هذا الاتجاه أيضا في قرار صدر عنها بتاريخ 05 جوان 1996 تحت رقم 7375 قضت فيه " بتطبيق قانون المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص.

La sentence CCI n° 7375 rendue le 5 juin 1996 est une parfaite illustration de cette tendance Cette décision concernait le litige résultant d'un contrat de fourniture de matériel conclu entre un vendeur américain et un acheteur du Moyen-Orient. Les parties n'ayant pas désigné de droit applicable, le tribunal arbitral estima qu'il s'agissait là d'un « choix négatif » en faveur d'une loi neutre et décida d'appliquer les Principes d'Unidroit considérés comme partie intégrante de la Lex mercatoria. La motivation de cette sentence est révélatrice du consensus observé à l'égard de ces Principes . 12

ومن أمثلة ذلك:

Un acheteur iranien se vit attribuer par une sentence des dommages d'intérêts en raison de la rupture du contrat par le vendeur Yougoslave, conformément à la clause contractuelle de stabilisation monétaire, sans référence au contenu du droit iranien désigné pour régir le contrat litigieux. Les arbitres en l'espèce avaient fait application du principe pactasunt servanda qui trouve un écho particulier dans le Règlement d'arbitrage de la CCI à l'article.

Ainsi par exemple, à propos de l'exécution d'une vente FOB conclue entre un vendeur yougoslave et un acheteur français, un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI), fondant sa décision sur les incoterms promulgués par la CCI en 1953 bien que les parties ne s'y soient pas expressément référées, a pu estimer que les frais de surestaries causés par l'arrivée tardive du navire au port

d'expédition devaient être supportés par l'acheteur qui devait désigner le navire.¹³

كما أن المحكمين أصبحوا يطبقون المبادئ العامة لقانون التجار، حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق قد تم تعيينه مسبقا من طرف المتعاقدين أنفسهم مستنديين في ذلك على بعض الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن، ومن هذه الاتفاقيات، الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف بتاريخ 21 ابريل سنة 1961 والتي نصت في المادة VII على ما يلي " الأطراف يكونون أحرارا في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين أن يطبقوه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون قاعدة التنازع التي يقدرها ملاءمتها لحل النزاع، وفي الحالتين، يأخذ المحكمون في الحسبان اشتراطات العقد وعادات التجارة".¹⁴

كما فرضت المادة 29 / 4 من القانون النموذجي المتعلق بنظام التحكيم التجاري CNUDCi الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة على محكمة التحكيم بان تحكم في جميع الحالات باشتراطات العقد، وتأخذ بعين الاعتبار العادات التجارية الواجبة التطبيق على النزاع ".

»Conformément aux stipulations du contrat et de tenir compte des usages du commerce applicables à la transaction«

كما جاء في المادة 21 / 1 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 14 ابريل سنة 1987 " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا وفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقلة".

ونصت المادة 46 من قانون التحكيم الانجليزي الصادر في سنة 1996 على:

1- " تلتزم هيئة التحكيم بان تفصل في النزاع وفقا:

أ- القانون الذي اختاره الأطراف لينطبق على موضوع النزاع

ب- إذا ما اتفق الأطراف، وفقا لأية اعتبارات أخرى يتم الاتفاق عليها أو تحددها هيئة التحكيم.

2 - ولهذا الغرض، فإن اختيار قوانين دولة معينة ينبغي أن يفهم على أنه إشارة إلى القوانين الموضوعية لتلك الدولة، وليس إلى قواعد تنازع القوانين فيها.

3 - إذا وطالما لم يوجد مثل ذلك الاختيار أو الاتفاق فإن هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها واجبة التطبيق".

وفي هذا الصدد نصت المادة 1054 من القانون الهولندي الجديد لسنة 1986 (1) على أنه:

1/ تلتزم هيئة التحكيم بأن يصدر حكمها وفقا لقواعد القانون.

2/ فإذا تم اختيار القانون من قبل الأطراف، وعند تخلف مثل ذلك الاختيار، فإن على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها وفقا لقواعد القانون التي تراها ملائمة.

3/ تسوي هيئة التحكيم المنازعة بوصفها مفوضة بالصلح، إذا ما رخص لها الأطراف بموجب اتفاقهم القيام بذلك.

4/ وفي كل الأحوال، فإن على هيئة التحكيم أن تأخذ في الاعتبار أية أعراف تجارية واجبة التطبيق".

- والمادة 187 من القانون " الفيدرالي للقانون الدولي الخاص السويسري" الصادر في 1987/12/18 والتي تنص على أنه:

1- " تفصل هيئة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وعند غياب الاختيار، وفقا للقواعد القانونية الأكثر ارتباطا بالنزاع.

2- يجوز للأطراف أن يخولوا لهيئة التحكيم الفصل وفقا للعدالة".

ونصت المادة 834 من قانون المرافعات المدنية الايطالي المعدل بالقانون رقم 25 الصادر سنة 1994 على أنه " يجوز للأطراف بموجب الاتفاق بينهم تحديد القواعد التي يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع أو النص على أن المحكمين يسوون النزاع وفقا للعدالة، وعند عدم وجود اتفاق بين الأطراف، يطبق القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة محل النزاع، وفي الحالتين على المحكمين أن يأخذوا في الحسبان بما يشير إلى العقد وبالأعراف التجارية".

... يتبع في العدد القادم من المجلة المحور الثاني بعنوان: الطرق البديلة لحل

المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون

الهوامش:

- (1) د. احمد عبد الكريم سلامة. مدونة ابحاث في القانون الدولي الخاص. ص. 667 وانظر في هذا المعنى أيضا مؤلف الدكتور ازاد شكور صالح. المرجع السابق. ص. 75 وما بعدها. ومؤلف الدكتور محمد عبد الحميد إسماعيل، المرجع السابق. ص. 82 وما بعدها.
- (2) اد. احمد عبد الحميد عشوش. النظام القانوني لعقد القرض الدولي. دراسة مقارنة. ط. 1990 مؤسسة شباب الجامعة اسكندرية. مصر. ص. 90.
- وتتلخص وقائع هذا الحكم في ان حكومة " جواتيمالا" منحت المواطن الامريكىshufeldt امتيازاً مدته عشر سنوات لاستخراج أحد المعادن في جزء من اراضيها، الا انها بعد سنة من منحها هذا الامتياز قامت بإلغائه بإجراء تشريعي.
- (3) مشار الى هذا الحكم في مؤلف الدكتور احمد عبد الحميد عشوش. المرجع السابق ص. 90
- (4) د. احمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق. ص. 670
- (5) https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Joniaux
- (6) cass. Belge, 24 février 1938 ville d'Anvers
- Recueil des cours. 1989. T.1. 213 de la collusion.
- Attendu que ...si les contractants, voulaient exclure toute atteinte à cette clause par 7
- « les lois Futures de cette Etat _ de New _ YORK _ pouvaient et devaient le dire
- عرض هذه القضية في مؤلف الأستاذ الدكتور احمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق. ص. 672
- 8 SourouTinêAbdel-Kader FADAZ =Le régime juridique de l'arbitrage commercial international
- (9) د. صفوت احمد عبد الحفيظ. المرجع السابق. ص. 242
- (10) راجع تفاصيل ذلك في مؤلف الدكتور صفوت احمد عبد الحفيظ. المرجع السابق. ص. 242
- (11) Emmanuel S. DARANKOUM. L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques. <https://ssl.editionsthemis.com>
- (12) SourouTinêAbdel-Kader FADAZ. leregime juridique de l'arbitrage commercial international. [www. memoireonline .com](http://www.memoireonline.com)
- (13) Emmanuel GAILLARD. LA DISTINCTION DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ET DES USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL. [Www. Shearman.com](http://Www.Shearman.com) publications 1991/01. P.206
- (14) .Article VII - Droit applicable